

ドイツ裁判官留保制度に関する一考察

森 口 佳 樹

はじめに

本稿は、最近のドイツ連邦憲法裁判所の裁判例の検討を手がかりとして、ボン基本法 13 条 2 項に規定されている裁判官留保制度（Richtervorbehalt）に関する基礎的課題について考察を試みるものである。

当該規定は、住居への搜索に際しては裁判官命令を必要とする制度を採用しており、これを裁判官留保制度と呼んでいる。もっとも実務上の困難さからこの制度の適用を回避しようとする議論も盛んでその影響を受けてきたが、学説・判例による議論によりその傾向に歯止めがかけられ、本来あるべき方向へと議論の傾向が変わりつつある。この傾向の確認を本稿で行うこととしたい。

まずは、最近の連邦憲法裁判所によるボン基本法 13 条違反を認容した憲法訴願を紹介する。いささか詳細に紹介することにより、連邦憲法裁判所による詳細な検討内容とこれまで蓄積されてきた諸判例の成果を確認し、検討することとする。ついで裁判官留保制度の運用全般の諸問題、なかんずく裁判官命令が違法であった場合の事後の取り扱いに関する問題を中心に管見することとする。

さて、和歌山大学経済学部において設けられている研修専念制度を利用させていただき今回の論稿をまとめることができた。その前提として学部諸氏のご配慮をいただき、十分な時間をいただいた上で今回のつたない成果を公表するにいたった。特に関係された諸氏に深謝するものである。

I 最近の連邦憲法裁判所決定から

まずは、連邦憲法裁判所 2014 年 3 月 13 日決定¹⁾の内容を紹介することとする。この決定は、下級審の発出した裁判官命令がボン基本法 13 条に反するとして、破棄差戻しとした事例である。

決定の結論としては、連邦憲法裁判所は、2014 年 3 月 13 日の全員一致の決定において、下

1) BVerfG.Beschluss.vom13.3.2014. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk10140313_2bvr097412.html.

級審たるシュツットガルト区裁判所(2011年11月7日)及び同地方裁判所(2012年3月29日)の決定を、憲法訴願提起者(以下、訴願提起者)のボン基本法13条1、2項により保障される基本権を侵害したとして、地方裁判所の決定を破棄した上で、同裁判所に審理を差し戻したものである。

1 事実関係

本件の憲法訴願は、刑法規定にふれる事実が存在しないにもかかわらず、訴願提起者に対してその住居の搜索命令が発出されたことに対する訴えである。対象となった訴願提起者は、兵器産業のある部門の長であり一定の範囲の支配人(Prokurist)である。

事案の発端は、2010年8月16日に報道された情報誌による記事において、メキシコに対して許可を得ないで輸出したことに対する疑惑が報道されるに至ったことにある。これにより検察官が、外国取引法(Aussenwirtschaftsgesetz)及び武器統制法(Kriegswaffenkontrollgesetz)への違反の容疑で刑事責任を追及することとした。これに対して、訴願提起者たる企業経営者は、メキシコへの武器配分が問題のない程度であったことを主張した。

訴願提起者は、2010年8月18日の電子メールにより、共同経営者(Mitarbeiter)に2006年来メキシコへの渡航歴があることを報告した。2010年8月19日の電子メールにより、言及されている訪問が、2006年にメキシコのある地方への4回中1回であるということを知した。また、この電子メールにおいては、自らがどのような理由により訴追されなければならないのか(klaerungsbeduerftig)に関する一連の質問が列挙されていた。2010年8月25日の別途の電子メールにおいて訴願提起者は、すべての電子メール関係のデータを弁護士にゆだね、その評価(Auswertung)を受けることとした。その入手した資料から確定された、企業の顧問弁護士との会合の準備として、検察官への提示例として複数の模範事例を用意するようにと指示をし、定型的な模範例としての文書として、「検察官に協力するものとする」旨の定型的文書を作成した。

他の共同経営者は、検察官に対して、2005年2月10日以降のメキシコとの武器取引に関し、メキシコの担当者に買取資金が提供されていた旨、言明していた。その後2010年12月21日に、問題となっている有限会社への搜索が実施されたことが明らかになった。また、問題となっている訴願提起者の電子メールとは別に、2010年以降3名の共同経営者との電子メールのやり取りがあり、そのメールは、メキシコとの武器取引についての輸出の許可が得られない状況の下で、共同出資として1万ユーロまでの負担を個々の当事者が負うものとするとの内容であったが、その共同経営者に連邦経済事務次官が含まれていたことも問題とされた。訴願提起者は、このメールのやり取りについては関与していなかった。

シュツットガルト区裁判所は、2011年11月7日に請求されていた搜索命令を発出したが、その内容は、現下の状況においては訴願提起者の住居領域(Wohnraume)の搜索を認めると

するものであった。ただその容疑の内容として、既に明らかになっている武器統制法や外国取引法違反に関する疑惑と並んで、外国・内国公務員への買収もあげられていた。また、他の当事者との電子メールのやり取りにより明らかになったのが、政党への出費の企てが、国家秘密関係集団への影響を意図したものであったということであった。2010年8月25日の訴願提起者の電子メールの内容においては、その時点で報道されている状況から予想されている検察官による搜索への「通常の法的対応(rechtliche Vorbereitung)」に言及されていたとされた。しかし、その内容については、証拠物件の隠滅(vernichtung)・隠蔽(verschleierung)・排除(entfernung)も含まれる内容であったとされた。

これに対して訴願提起者は、以下のように反論する。すなわち、訴願提起者が特に主張するのが、共同しての買収に対しての非難に関しては、その根拠が他の共同経営者の行動によるもののみであると主張した。そして、訴願提起者に関しては、一通の電子メールにある内容が注目されるとした。それは、証拠物件の隠滅・隠蔽・排除には役立ちえず、むしろ情報誌の記事にある非難を再生するために作成されたという内容であった。訴願提起者は、むしろその行動、たとえば、メキシコ所管の事務所による封印によって、証拠が排除されるのを妨害することを期待していたとした。訴願提起者は、支配人としての地位だけでは、容疑事実を根拠付けることはできず、全く無関係である旨主張する。さらに、問題となっている電子メールとは全く関係がなく、そのコピーすら所有したこともないとする。

2012年3月29日の決定により、シュツットガルト地方裁判所は、訴えを棄却した。裁判所は、国内外の公務員を共同して買収したことへの関与について容疑が存在すると判断した。裁判所は、訴願提起者が、最初の搜索(2010年8月25日)以前において既に、メキシコとの間で禁止されている可能性がある武器輸出について認識を有しており、検察庁の見解に反して、輸出を一層推進する行動を勧めていたとした。また、訴願提起者が、2010年8月19日において既に以下の内容の指摘をしていたとした。それは、企業のメキシコを所管している共同経営者が、2006年6、7月において、国家の禁止するゲリラ(Verbotsstaat Guerrero)に滞在していたという内容であった。以上から明らかになる「事情への近接さ(Nahe)、専門知識(Sachkenntnis)、事情への理解(Leitung)」からは、容疑の端緒が明らかになっており、特にそのことは、訴願提起者は支配人として行動の権限が与えられていたことにあるとした。2010年8月19日の電子メールにおける情報誌の記事との関連は何も変化をもたらすものではない。なぜなら、訴願提起者は、報道機関による報道以外において、記録についてかわかりうる独自の立場から得られる認識に対して自由に対応(verfuegen)しうる立場にあったからであるとした。

2 憲法訴願における双方の主張

(1) 訴願提起者による主張

憲法訴願において訴願提起者の弁護士によって主張されている内容は、特にボン基本法 13

条1, 2項の侵害に向けられていた。その内容として、搜索命令においては、犯罪への助長や抑制に関して可罰性ある行為について触れられていないとした。買取行為への非難については、2010年8月25日の電子メールに述べられている証拠確保措置や説明からは証拠の隠滅・隠蔽・除去についての指摘が全く含まれていない。外国取引法及び武器統制法の規定に関連についての、訴願提起者による違法行為への参画についての証拠確定に関する行動との推論は単なる想像に過ぎない、等が主張された。

(2) 官庁による主張

バーデン・ヴュルテンベルク州の司法大臣は、態度表明を留保した。連邦検事総長は、与えられた機会において以下のような内容の見解を表明した。すなわち、判明している事件の全体像からすれば、十分な嫌疑が訴願提起者には存在するとした。訴願提起者の電子メールは、彼が、買取の経過に関して、事情からの近接さ、専門知識について、また事実からの理解の可能性を得るについて特別の地位にあったという推論を欺くためのものである。特にそれは、計画適合的な、また同調的な行動が多くの従業員によって行われていたことにおいて明白である。その際、訴願提起者は外部からの取引活動への権限を自由にできる地位にあった。訴願提起者の電子メールは、その内容が、「検査済みの事例」を検察官に通知済みであることを示しているが、そのことから容易に理解可能であるのは、訴願提起者が疑惑を招いている企業の従業員を、一層の捜査から守ることを望んでいたということである。

3 連邦憲法裁判所による判断

これまでの訴訟における全記録が連邦憲法裁判所に提出され、明らかにボン基本法13条1,2項の行使の問題という憲法上の問題が対象となっていることから、まず前提として憲法訴願の提起の要件を明らかに満たしていることが確認された。

そのうえで、上述で問題となってきた区裁判所と地方裁判所による決定が、訴願提起者のボン基本法13条1,2項の基本権を侵害するものと判断した。

(1) 13条1項による住居の不可侵の基本権の保障により、個人の領域的な生存空間は、基本権として特別の保護の下にあり、その保護に対して搜索は重大な侵害に該当するとされている(BVerfGE42, 212; 96, 27; 103, 142)。刑事責任の追及を目的とする住居の不可侵の基本権に対する侵害を正当化するためには、犯罪行為が行われたとする容疑が必要となる。

問題となるのが、この容疑の程度であるが、具体的な事実に基づいたものでなければならない、あいまいな手掛かりや単なる推論では十分ではない(BVerfGE44, 353; 115, 166)。搜索は、容疑を理由づけるのに必要となる事実の捜査に貢献するものであってはならない。なぜならば、搜索はすでに容疑が存在することを前提としているからである(BVerfG, Beschluss vom 26. 10. 2011)。必要なのは、具体的事実に依拠した、訴願提起者に責任を問いうる行動で、かつ刑事法の構成要件を充足する行動が説明されているかということである。搜索について、事実に即

した十分に説得的な理由を見出しえない場合には、この要件の充足への違反となる（BVerfGE59, 95）。

搜索の実施により必然的な、住居の不可侵への事前の許可（Gestattung）による侵害、あるいはその事後の統制を管轄する裁判官は、自らの責任において容疑について審査を行わねばならず、その際には当事者の利益を適切に考慮しなければならない（BVerfGE103, 142）。連邦憲法裁判所による介入は、容疑についての刑事手続法上の要件についての一般法の規定の解釈と適用が、刑事訴訟法上の強制措置や容疑理由の刑事法上の評価について、客観的に見て恣意的であったり、瑕疵が見受けられる場合にのみ、必要となる（BVerfGE18, 85）。下級審において審査される容疑についての詳細にまでわたる審査は、連邦憲法裁判所の扱う事柄ではない（BVerfGE95, 96; BVerfG, Beschluss vom 20. 4. 2004）²⁾。

(2) これらの基準からすれば、問題となっている区裁判所、地方裁判所の決定は、いずれも憲法上正当であるとは認められない。刑事訴訟法 102 条に基づく住居領域への搜索命令には、訴願提起者の行動の明示が必要であり、その訴願提起者の行為者あるいは参加者としての行動から、十分に具体的な容疑が明らかになっていなければならない。問題となっている両決定はこれを満たしていない。関連規定との関連で刑法規定に抵触する内外の公務員に対する共同しての買収への参加という容疑を、根拠となされていることから想定することは、具体的事実に基づくものではなく、いずれにしても漠然とした観点や単なる推測に基づいていた。

i) 2012 年 3 月 29 日の決定において、地方裁判所は、訴願提起者の有限会社の支配人としての地位が、容疑の端緒を根拠づけることはできないということを明らかに指摘している。このことには、憲法上何も問題がない。

ii) メキシコへの有限会社の武器輸出と関連しているとされる国外公務員に対する買収行動に関する訴願提起者の参加について、下級審によっては他に十分な具体的な手がかりがあげられていない。

ア) この件については、2010 年 8 月 18, 19 日の電子メールからは明らかになっていない。そのメールにおいて、訴願提起者は、2010 年 8 月 16 日の雑誌記事を引き合いに出しながら、企業の共同経営者のメキシコへの旅行についての調査に関する仮の結果を通知し、検察官の見解に対して訴願提起者の理解によるところで明らかにする必要があると考えられる問題をリストアップしている。メキシコの公務員への買収という違法行為に訴願提起者が参加していたのではないかとする逆の推論は、以上の事実からは決して導き出されない。

イ) 問題となっている決定において、2010 年の 8 月 25 日の電子メールから証拠物件の隠

2) ここでこれまでの多くの連邦憲法裁判所判例等が引用されているが、これらの多くについては、拙著『公権力による実行使とその手続法的統制』白桃書房(1999 年)参照。また、ボン基本法 13 条全般に関する学説・判例を概観する邦訳としては、ボード・ピエロート・ベルンハルト・シュリンク著 永田・松本・倉田訳『現代ドイツ基本法』法律文化社(2001 年)313 頁以下参照。

減・隠蔽・排除への指示が明らかになりうるので、訴願提起者が買収行為への参加に関与しているということについて十分に容疑があるとしていることから立論している限りにおいて、その考えを支持することはできない。

訴願提起者が、その電子メールにおいて、メキシコ旅行に関するすべての資料を用意し、権限ある共同経営者の電子データをしっかりとした場所に移動させ、解析のために弁護士に委託し、紙の資料についてはコピーしたうえで施錠して保管することを通知していた場合、それは、証拠の隠滅・排除よりむしろその保存を行っていたことを示している。

また、2010年8月25日の電子メールにおいて、訴願提起者が、企業の顧問弁護士との期日の準備のために、検察官への提示例として複数の模範事例を用意するようにと指示を行ったことは、他の評価を正当化するものではない。訴願提起者が、法務部門のリーダーとして、雑誌記事により明らかとなったことにより、着手されるであろう検察官による捜査を背景として、事実を整理し、企業の弁護のための提出物を用意させたとしても、それは自然なことである。これらからは、訴願提起者が、違法行為の隠滅を目途として行動していたとすることを結論として導き出すことはできない。それゆえ、訴願提起者が買収行為に関与していたということも推論することはできない。この限りで、問題とされた決定は、具体的根拠に基づかない単なる推測に基づくものであったといえる。

ウ) 問題となっている違法行為の際に多くの企業従業員による一致した計画的な動きが明らかであり、訴願提起者が、事情への近接さ、専門知識、事実への理解について権限を有していたという指摘を考慮しても、以上の判断は変わらない。これらは、訴願提起者の容疑事実への関与を理由づけることはできない。

2010年8月16日のプレスによる発表に基づいて、いくつかのメキシコの部門への違法な武器輸出の問題が明らかになった。2010年8月18, 19, 25日の電子メールにおいて詳述されていた訴願提起者による諸活動は、このプレスによる発表に直接関連して生じたものであって、部分的に明らかにこれに依拠している。これらとは異なった新たな訴願提起者の事実関係については、問題となった決定においては明示されていない。したがって、提起されている問題についての知識と訴願提起者の諸活動を、メキシコの公務員に対する買収の容疑を訴願提起者による積極的参加により根拠づける事実として評価することはできない。

iii) 国内公務員に対する買収への訴願提起者の関与についても具体的な手がかりの明示に欠けている。2010年12月21日の有限会社の領域への捜索の際に探し出された、寄附に関する電子メールの交換が、それに対応する端緒の容疑を理由付けるのに原則的に適合するものであったとしても、他の企業従業員との関係で訴願提起者による関与が認定されていない。これらの電子メールの交換に関する訴願提起者に関する知識が、問題となった決定においては取りあげられていなかった。これらのことから見る限りで、訴願提起者による買収に関する容疑についてはそれを前提する事実がなかった可能性が高いと判断できる。

iv) 訴願提起者にかけられた買収に関する犯罪に起因する住居への搜索に際しては、端緒としての容疑が考慮に入れられているのか、かつ、訴願提起者の住居の搜索が刑事訴訟法の規定に適合しているのについてが検討されなければならない問題として残置されているのである。

このような経過を経て、当初に述べたとおり、憲法訴願の内容は認容され、事案は差し戻されるに至った。

4 考察

このように、本件においては、搜索は実施されておらず、「実害」が発生していない点においては、基本権保護を目途とする連邦憲法裁判所による審査が功を奏したものといえる。

いささか詳細に紹介したが、まず、これまでの累次の判例の引用から理解できるように、連邦憲法裁判所により形成されたこれまでの判例理論の延長線上にある判例ということが容易に理解できる。ついで、連邦憲法裁判所自身がかかなり細かい事実認定を審査していることが見てとれる。これは、連邦憲法裁判所 2001 年 2 月 20 日判決³⁾の判示と同傾向であり、本件もそれを実施したものである。その点から、おそらく今後の裁判官命令発出に際しての「警告」としての事例を一つ加えたものと評価できよう。

学説においても⁴⁾、犯罪行為の重大さと犯罪容疑の強さに比例している必要性があることが主張されており、そのような審査を実施するためには、一定以上の事実関係の評価が必要となることから、本件はその点においても参考となろう。

これまでは実務上の弊害がとかく強調され、何とかして裁判官による関与を回避しようとする試みが行われてきたが、この傾向に連邦憲法裁判所として近時に警告を発したのが、2001 年判決であって、それまでの実務からの要請を退ける判断を示した。今回の決定も裁判官留保制度の「充実」を示す一時例ともいえよう。

さて、違法な裁判官命令により収集された証拠がどのように評価されることとなるのかが大きき問題となる。この事例においては、結局のところ根拠となる証拠が発見されなかったという結果から、当然のことながら、この問題については明確に触れられることはなく下級審への破棄差戻しとなっている。この問題は以前の拙稿においては触れることができないままだった。以下においては、裁判官留保制度の意義とも関連づけながらこの問題について刑事法における議論と基本法 13 条との関係に注目しつつ、紹介・検討することとしたい。

3) この判決については、拙稿「ボン基本法 13 条における「遅滞の危険」概念の一考察」和歌山大学経済理論 307 号 (2002 年) 91 頁以下参照。

4) v. Mangoldt/ Klein/ Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Verlag Franz Vahlen (2010), S.1285 (Gilbert Gornig 執筆)。

Ⅱ 裁判官留保制度の基本的枠組と裁判官命令の瑕疵との関係

1 裁判官留保制度の機能と手続

ザッタ (Maurizio Satta) によれば、裁判官留保制度の目的としてボン基本法や諸法律において規定されている趣旨を考察すれば、3 点のポイントが認められるとする⁵⁾。

第 1 には、証拠の確保の観点である。警察・検察機関にしてみれば、あらゆる機会を捉えてすべての証拠を確保することを目指すことはいうまでもない。裁判官留保制度を前提とした搜索によりこの目的が充足されるであろうことはいうまでもない。

第 2 には、妨害の除去の観点である。搜索の実施のためにはあらゆる妨害が排除される必要がある。裁判官命令により強制的に搜索が実施されれば、この目的が達成されるであろう。

第 3 には、刑事裁判の執行の確保の観点である。これは本稿の論点からは、いささか離れるが、身体の拘束を必要とする刑罰を執行する際に本人の身柄確保に必要な手続として行われる場合の問題である。

以上のような目的を充足する必要がある場合において始めて、搜索命令の要求が問題となるのであるが、その要求の前提となり、遵守されるべき要件としては、同じくザッタの検討によれば、以下の 4 点があげられるとする⁶⁾。

第 1 には、当然ながら、容疑の存在である。もっとも問題となりうるのは、搜索が認容される容疑の程度の問題であろう。さまざまな情報から容疑のレベルは高まってくるのであるが、それには誤認を避けられない。ここで問題となるのが、容疑を裏付ける事実の程度の問題であるという。学説においては、「事実に基づく容疑」と「単なる容疑」を区別する見解が主張され、判例においては、その判断が単なる裁量問題ではなく、司法判断事由となることは認められている。このことは、今回紹介した決定においても明らかである。ゆえに容疑の段階に応じての対応、すなわち端緒としての容疑 (Anfangsverdacht)、十分な事実に基づく容疑 (hinreichender Tatverdacht)、緊急の事実に基づく容疑 (dringender Tatverdacht) に区分した上での対応が必要であるとする。

第 2 には、搜索対象として記載されていること (Katalogtaten) があげられる。これは、基本権に対する重大な侵害となる搜索の実施については、個別法等の違反により、それを認めることが明示されなければならないということである。

第 3 には、比例原則の遵守があげられている。これは第 1 で述べたことでもある。容疑の程度に応じて搜索の必要性が判断されなければならないということである。

第 4 には、無罪の推定の原則の遵守があげられる。法治国原理からして無罪の推定は特別の重要性を認められているとする。これは手続の進行中どの時点においても考慮され続けなけれ

5) Maurizio Satta, Der Richtervorbehalt, Grin Verlag (2009), S.16f.

6) Ebenda, S.17ff.

ばならない。搜索の対象者の基本権を侵害することなくその一方で、刑事責任追及官庁が捜査をし、強制手段を用いるには、当該官庁にとっては障害となろう。ゆえに捜査はその端緒においては刑事目的ではあってはならず、ただ事実の明確化に必要な手段にとどまる必要がある。このことがボン基本法 20 条 3 項により求められているとする。これは、あくまで搜索は刑事責任追及対象となる事実の確認にとどまるものであって、当初から刑事責任追及目的を有しているものではないということの確認を法治国原理から強調する考え方である。

この要件が満たされることなく実施された搜索に基づいて得られた資料の証拠能力について、項を改めて検討することとする。

2 収集された証拠能力との関係

裁判官命令なくして、あるいは過誤の裁判官命令に基づいてなされた搜索により得られた証拠能力についてどのように判断されるのであろうか。前章の最後に触れた連邦憲法裁判所の 2001 年判決においては、この論点は触れられていなかった。この事例は「遅滞の危険」概念の拡大解釈によって裁判官命令の発出なくして搜索に着手したが、犯罪を立証する証拠となる物証が発見されなかったという事例であった。連邦憲法裁判所レベルにおいては、基本権保障の観点から、違法収集証拠の採用を認めていないが⁷⁾、学説においては異論もあるとされる⁸⁾。また、刑事法分野においては、連邦通常裁判所も、刑事事件の実務上の必要性からか、一律の違法収集の排除を認めていない状況にある。

以下ここでも再びザッタの分析により、この問題について考えてみたい。

(1) 違法に収集された証拠の採用の禁止原則の意義⁹⁾

まず、違法に収集された証拠の採用の禁止原則は、個人の権利の保護に資するため主張されている制度である。捜査は決して基本権により保護された制限を超えるものであってはならない。ゆえに裁判官留保制度の違反の結果として、証拠採用の禁止が主張されることは重要なことである。しかしこれは同時に裁判官に対して「大きな精神的負担」を求めることとなる。というのも、現に知り、存在する資料のみに基づき判断しなければならないからである。これは、

7) BverfGE44, 353. vom 24. 5. 1977.

8) コメンタール (Gornig, a.a.O. (Anm.4), S.1287, Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, C.H.Beck (2009), S.579 (Joerg-Detlef Kuehne 執筆)) によれば、ヘルメス (Hermes) が、ドライアー (Dreier) 編集のコメンタールにおいて異論を主張しているとされているが、原典にはあてられていない。

また、ブリューニク (Bruening) は、学説・判例双方において、統一的な基準が刑事事件においては形成されているとはいえず、ただ一致していることは、証拠収集時の法的瑕疵のすべてが、結果として証拠採用の禁止につながるわけではないことだけであるとする。

Jabique Bruening, Der Richtervorbehalt in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Nomos (2005), S.217.

なお、この問題については、拙稿「ボン基本法 13 条をめぐる最近の議論について」和歌山大学経済理論 316 号 (2003 年) 4 頁において簡単に触れている。

9) Satta, a.a.O. (Anm.5), S.26f.

もし容疑を裏付けるような重要な資料が表れていない場合にも、その判断を求められるからであろう。

この原則が、法定されている場合といない場合に分類され、後者の場合に、この原則を採用すべき基準について問題となる。これに関する学説は3説に分類されるとする。以下これらについて紹介する。

(2) 諸学説¹⁰⁾

第1に、権利領域説 (Rechtskreisetheorie) があげられる。これは古くから主張されてきた説で、刑事訴訟法のすべての規定が、被告人の権利領域について同程度で配慮しているわけではないので、刑事手続法規への違反が証拠採用禁止を必要とするか否かを基準として、その権利領域に応じて判断すべきとする説である。しかし、その領域ごとの判断をどのようにするのかについて問題が残る。被侵害権利・利益の性質により判断しようとする説である。

第2に、保護目的説 (Schutzzwecklehre) があげられる。たとえば、裁判官による評議内容を証拠申請されても、その採用を禁止する規定が設けられているが、このような規定の保護目的を失する場合と同様な場合に、証拠採用の禁止が認められるとする説である。いささかわかりにくいのが、このような禁止規定があれば当然それが禁止されることとなるが、そのような規定がおかれている場合の目的を考察するのと同様に、個々の事例において証拠採用の可否を決すべきとする。この禁止を超えて証拠採用するためには、その採用を必要とする追加的な理由づけが必要となる。

最後に、比較衡量説 (Abwägungslehre) があげられる。これは、刑事責任追及を必要とする国家の利益と基本法上保護された権利についての当事者の利益とを個別的事例に応じて比較することにより決しようとする説である。この説によれば、比較衡量の結果として、当事者の基本権侵害が認められる場合であっても、証拠の採用が排除されない場合もありうるとする。さらに、この比較衡量に関連して、「仮定的捜査侵害の理論 (Die Lehre des hypothetischen Ermittlungseingriff)」が主張される。これは、もし手続が適法に進行されていたとしても同様の結果にいたる場合には、証拠採用は排除されないとする考え方である。ドイツ行政手続法制と同様の思考法である¹¹⁾。

ザッタはこれらの説の比較検討を行うものではない。そこで考えるに、程度の差はあれ、権利領域説・保護目的説とも法規定やその趣旨に依拠して判断する説であり、この点で比較衡量説とは異なっている。比較衡量説に立った場合に、その衡量がどのようになされるのかが大きな問題として残るように思われる。

10) Ebenda, S.27ff.

11) ドイツ行政手続法 46 条によれば、手続の瑕疵は実体に影響を与えない限りにおいては、その是正を必要としない旨規定されている。手続の履践自体には大きな価値を見出さない見解である。

(3) 判例の展開と現状¹²⁾

ザッタは、1983年以來の連邦通常裁判所の判決を取りあげながら、その展開について紹介しているが、ここでは、そのうち最新の判決についてのみ紹介することにより、現状を確認することとしたい。それが、連邦通常裁判所 2007 年 4 月 18 日判決である。

この事例は、連邦憲法裁判所 2001 年判決と同様「遅滞の危険」が存するとして裁判官命令を介することなく住居が搜索されたところ、マリファナが発見されたが、問題となったのがその証拠能力である。被告人は、捜査判事に対して裁判官命令の発出を求めることなく、「遅滞の危険」の存在を認定した点に手続上の瑕疵があり、証拠採用は認められないと主張した。

その要旨としては、住居の搜索に必要となる裁判官留保制度の前提について、意識的濫用や誤認があった場合には、搜索によって得られた証拠の採用の禁止を正当化することを認めた上で、上述の連邦憲法裁判所の判決の趣旨を引用した上で、個々の法益は、各々の法的根拠を遵守しないことにより、法治国家原則により命ぜられた手続としての捜査手続が事後に至るまで (nachhaltig) 損なわれる様な形態により、実質的に制限されることとなる。そのような場合において、証拠採用の禁止以外の解答は受け入れがたい。重大かつ特別の重要性が刻印されているような権利侵害の存在する特別な場合においては、証拠は採用されえない。なぜなら、国家は、例外的場合を除いて法的根拠なくしては私人への侵害から利益を得ることは許されないからであると判示したものである。

そして結論としては、今回の事例においては、捜査判事への接触が一度も試みられないまま搜索が実施されており、裁判官留保制度の意識的濫用にあたるかと判断した。なお、この場合の意識的濫用とは、意識的に裁判官命令を回避したという意味で用いられているものである。

さらに仮想的捜査侵害の理論に基づいた検討を行ったとしても、証拠採用禁止原則は排除されないとした。さらに、その原則の採用は裁判官留保制度を無に帰してしまうであろうとも判断している。

(4) 評価

ザッタによれば、判例の傾向も一貫したものでなく、しばしば変更される傾向にあるという。ただ、この 2007 年判決が裁判官留保制度の強化に一層の貢献をなすものであるとの見解を紹介している。

もっとも、今回の判決でも採用された比較衡量説の採用については、慎重な姿勢を示し、法違反の措置は例外なしに違法であって、比較衡量の手法により、そのことが相対化されるべきではないとしている。

その上で検討されるべき問題として、比較衡量説による相対化の問題と仮想的捜査侵害の理論の問題をあげる。

12) Satta, a.a.O. (Anm.5), S.31ff.

ザッタは、さまざまな論者の見解を紹介しつつ、自己の見解として以下のようにまとめている¹³⁾。

その内容として、裁判官留保制度への違反の結果として証拠採用禁止原則を採用することは正当であるので、比較衡量説はそれに矛盾する見解となる。比較衡量により誤った経緯によって得られた証拠を採用することは正当化されない。実務においては今も比較衡量説が有力であるが、その考え方は認められない。というのも裁判官留保制度の適用を潜脱することにその重点がおかれているからである。比較衡量なくして証拠採用禁止原則を貫徹することは、少なくとも基本権と適正司法手続原則に一致していることのシンボルとなろう。

仮想的捜査侵害の理論により仮想的手続を考慮することも全く理解できない。裁判官命令が発令されなかったが事後に補完されるという思考法に問題がないとすることを認めることは、裁判官の関与を無意味にしてしまうこととなる。仮想により補完される裁判官命令を認容し、その結果で証拠採用の可否を決定することは、法律に全く一致していない。仮想的捜査侵害という思考法は、裁判官留保制度の原則を誤解させ、法律によっては望まれていない例外を生み出してしまうこととなる。

ザッタは、このように批判する中で、結局は他の選択肢がないために比較衡量説が採用されているに過ぎないとする。

3 その他の問題と解決策の一提案

そもそも従来から主張されてきた裁判官留保制度の実務における問題点を解消することができているのであろうか。この論点については、累次の拙稿においても幾度となく触れてきた論点である。このことに関して最近の論稿を確認した中から、シェーファー (Michael Schaefer) の整理を紹介することとする。シェーファーは問題を整理した上で以下のように解説する¹⁴⁾。

まず問題となる事項として、「嫌々ながらの (unwillige)」裁判官、裁判官への到達可能性 (Erreichbarkeit)、裁判官による事実とその命令に際しての審査の問題があげられている。

勤務時間の関係から気の進まない裁判官による勤務体制、あるいはその関係から裁判官命令取得への「遠さ」、そしてそのような実務的な問題と異なった法的問題からは、原則的には書面によるが例外的に口頭により発令される裁判官命令の場合の審査や当事者による事後統制の問題がクローズアップされるという。この審査を可能とするためには、簡単な事実の紹介や口頭報告によるのではなく、事実に関する情報の完全な申告を前提にして審査を行う必要があるとする。

では、その改善策としてはどのような案が主張されうるのか。シェーファーによれば、3点の提案があげられている。第1に中央捜査判事制度の導入である。搜索命令の発出が一時的に

13) Ebenda, S.37ff.

14) Michael Schaefer, Der Richtervorbehalt-Umsetzung bei Massnahmen nach Polizeirecht und Strafprozessrecht-, Grin Verlag (2005), S.20ff.

発生する事務であることから特定の裁判官への集中化が望ましいという趣旨であろう。そうすることによってその分野に特化した知識を習得できるとする¹⁵⁾。第2に裁判所の勤務体制の改善をあげている。裁判官の人的体制の貧弱さやその割に過剰な勤務量に起因して裁判官による統制の不備を生じているという。したがって、裁判官命令の事務に集中して対応できていない。ゆえに、裁判所内に裁判官命令を中心的に取り扱う管轄部を設置すべきであるとする。中央捜査判事制度が「人」に注目するのに対して、勤務体制という「制度」に注目した改善案である¹⁶⁾。第3に管轄レベルでの報告義務制度の導入である。裁判官による裁判官命令発出の理由付けにかかる負担に対応し、問題を集中的に議論の場に取りあげるために、裁判官命令に関して一定の期間ごとに報告義務を課すことが望まれるとする。これは地方裁判所レベルに設けられるべきであるとする。情報を共有することにより、統一性の確保や知識の蓄積を図ることを目途とするものであろう。

まとめにかえて

以上本稿においては、最近の連邦憲法裁判所の裁判例と違法収集証拠排除をめぐる刑事法分野に議論について管見した。

前者においては、これまでの傾向が継続され、より深化されていることが理解できた。ボン基本法13条は、かつて「もっとも不幸な基本権の1つ」と揶揄され¹⁷⁾、その解釈についての議論の停滞が指摘されていたが、シェーファーによれば、連邦憲法裁判所判例の蓄積により変化が発生し、裁判官留保制度に関して顕出され、明確化された点がいくつもあるという¹⁸⁾。この「変化」が進行中と考えてよいのではなかろうか。

一方後者においては、従来から13条解釈に影響を与えてきた実務からの影響が、今もなお影響を与え続けていることが垣間見えた。論者による諸説はあるものの連邦通常裁判所における刑事事件においては比較衡量説による思考法が採用され、その結果においては裁判官留保制度の空洞化につながりかねない状況にあることが確認された。

この両者の調整を図るのが、13条解釈の「宿命」ではないかとも考えられるが、全般的に見れば、実務上の必要性を強調する議論より学説・判例による議論の勢いが徐々に増しているようにもみえ、その動向を連邦憲法裁判所判例が推進しているようにも観察できる。今後の動向についても注目していきたいと考えている。

(平成26年11月19日)

15) ブリュニンクも同様の主張をしている。Bruening, a.a.O. (Anm.8), S.226f, 241.

16) この観点に関する簡単な紹介として、拙稿注(3)102頁。

17) Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz (1957), S.399.

18) Schaefer, a.a.O. (Anm.14), S.6.

A Consideration of Article 13 of the German Constitutional Law

Yoshiki MORIGUCHI

Abstract

In this paper, I would like to examine the issues that are left to me of the Article 13 of the German constitutional law.

In the first half of this paper, I could confirm that the details of the recent decision of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) do not alter the trend of the past cases from 2001.

In the second half of this paper, I examine evidence that has been collected without the judge's order (Richtervorbehalt). I can confirm that different arguments are made at the constitutional level and the criminal law level.